

Égalité de traitement et rémunérations complémentaires

David Rigaud, Avocat associé, Fromont, Briens & Associés

Si l'importance des concepts d'égalité de traitement et de non-discrimination en matière de rémunération n'est plus à démontrer en droit du travail, moins connue est leur interaction avec les autres branches du droit qui intéressent les rémunérations complémentaires. Cette méconnaissance pourrait engendrer des contentieux importants à l'avenir.

1 LE CONCEPT DES RÉMUNÉRATIONS COMPLÉMENTAIRES

Il n'existe pas de définition unique de la notion même de rémunération : il s'agit au contraire d'une notion à géométrie variable selon que l'on se situe en droit du travail, en droit de la sécurité sociale ou encore en droit fiscal.

En droit du travail, si l'on pense spontanément aux salaires de base, bonus et autres gratifications, font également partie de cette notion de rémunération tous les avantages et accessoires versés ou attribués par l'employeur à ses salariés sous quelque forme que ce soit, directs ou indirects, en espèces ou en nature.

Sont notamment concernés :

- les régimes de retraite complémentaire et supplémentaire ;
- les indemnités de fins de carrière ;
- la prévoyance complémentaire : les régimes de remboursement de frais de santé et les régimes de prévoyance dite lourde (prestations invalidités, incapacités, décès...);
- les plans de stocks-options ;
- l'épargne salariale : participation, intéressement, PEE... ;
- l'actionnariat salarié ;
- les avantages en nature : véhicule, nourriture, logement, produits d'entreprise, nouvelles technologies (téléphones, portables...).

On doit raisonner à l'égard de ces rémunérations complémentaires comme en matière de salaire. Elles sont soumises aux mêmes règles déterminées par le droit du travail. Ainsi, au regard du principe d'égalité de traitement, l'employeur doit traiter de la même manière les salariés placés dans une situation identique (*Cass. soc.*, 29 oct. 1996, n° 96-43.680) pour ce qui concerne les rémunérations de base, mais aussi celles complémentaires. En d'autres termes, « à travail égal, rémunérations complémentaires égales » !

À titre d'exemple, une contribution patronale destinée au financement d'un régime de retraite supplémentaire ou de prévoyance doit être la même à l'égard de tous les salariés placés dans une situation identique.

2 L'INTERACTION DU DROIT DU TRAVAIL AVEC LES AUTRES BRANCHES DU DROIT

Les principes travaillistes d'égalité de traitement et de non-discrimination donnent une bonne illustration de l'interaction des concepts du droit du travail avec les autres branches du droit régissant les rémunérations complémentaires.

► Égalité de traitement : l'exemple du caractère collectif des régimes de retraite et de prévoyance

Le financement des compléments de rémunération bénéficié, en général, d'un traitement fiscal et social de faveur. Tel est le cas des régimes de prévoyance et de retraite supplémentaire.

Ce traitement favorable n'est pas sans limite et est bien souvent conditionné au respect de certaines règles : parmi celles-là figure l'exigence du caractère collectif des régimes.

Alors que bien souvent les professionnels des rémunérations complémentaires s'interrogent sur l'étendue et la définition précise du caractère collectif des régimes au regard des textes fiscaux et sociaux, cette notion n'apparaît être, à l'analyse, qu'une déclinaison du concept travailliste d'égalité de traitement. Le droit du travail peut ainsi offrir une grille de lecture particulièrement intéressante.

Quel rapport existe-t-il entre la notion travailliste d'égalité de traitement et celle, fiscale ou sociale, de caractère collectif ?

Caractère collectif et droit de la sécurité sociale. La loi Fillon du 21 août 2003 est venue poser comme condition essentielle le caractère collectif des régimes complémentaires de retraite et de prévoyance pour qu'ils bénéficient des exonérations sociales (*CSS, art. L. 242-1, al. 6*). Une circulaire ministérielle du 25 août 2005 (*Circ. DSS/5B/2005/396 du 25 août 2005*) a précisé cette notion.

Dans ce texte, sont visés les régimes qui bénéficient « de façon générale et impersonnelle à l'ensemble du personnel salarié ou à certaines catégories objectives de personnel ». Par catégories de personnel, il convient d'entendre celles qui sont retenues pour l'application du droit du travail : ouvriers, employés, agents de maîtrise, ingénieurs et cadres. D'autres catégories s'inspirant des usages (constants, généraux et fixes) et des accords collectifs en vigueur dans la profession peuvent être retenus dès lors que celles-ci sont déterminées à partir de critères objectifs, non restrictifs et clairement définis. La doctrine de sécurité sociale remet en cause le caractère collectif du régime « lorsque les critères retenus pour déterminer les bénéficiaires ont été définis dans l'objectif » ●●●

●●● *d'accorder un avantage personnel*». Elle tolère cependant « *qu'en pratique, il ne bénéficie qu'à un nombre restreint de personnes* ». Enfin, la contribution de l'employeur au financement des régimes doit être fixée à un taux ou à un montant uniforme selon les mêmes modalités à l'égard des salariés appartenant à la même catégorie de personnel.

On constate donc que le droit de la sécurité sociale s'est approprié le concept d'égalité de traitement, issu du droit du travail, pour le retranscrire sous la condition du caractère collectif.

Finalement, les critères du caractère collectif ne sont qu'une reprise, quasiment à la lettre, de ceux relatifs à l'égalité de traitement.

Caractère collectif et droit fiscal. Concernant la déductibilité au titre de l'impôt sur le revenu, une instruction fiscale du 25 novembre 2005 (*reprenant pour l'essentiel les termes d'une précédente instruction fiscale du 5 décembre 1985*) impose également le caractère collectif des régimes. La définition et le périmètre de cette notion sont équivalents à ceux précisés par la doctrine de sécurité sociale précitée. On ajoutera que l'administration fiscale se montre, en pratique, relativement souple quant à l'appréciation de cette condition. Il apparaît qu'elle recherche en priorité à requalifier l'attribution d'avantages particuliers sous couvert d'avantages collectifs. C'est la raison pour laquelle nombre de redressements portent sur la retraite supplémentaire et non sur la prévoyance et les frais de santé.

► Le principe de non-discrimination et les rémunérations complémentaires

Comme l'égalité de traitement, le principe de non-discrimination peut interférer avec les autres branches de droit régissant les régimes de retraite et de prévoyance. Ces dispositifs font en effet souvent référence à des critères de distinction parfois prohibés (âge, situation de famille, sexe...) par le droit du travail.

En prévoyance, il est habituel d'ériger la situation de famille du salarié comme critère de différenciation du montant de la contribution patronale destinée au financement d'un régime de remboursement de «frais de santé» (cotisations dites «isolé»/«famille»). Ceci est d'ailleurs expressément prévu par la Direction de la sécurité sociale (*Circ. DSS/5B/2005/396 du 25 août 2005*). Or, un tel dispositif, classique au regard des rémunérations complémentaires, semble *a priori* contraire aux dispositions de l'article L. 122-45 du Code du travail, qui interdisent expressément d'opérer un traitement différencié en considération de la situation de famille.

Le droit du travail autorise-t-il une certaine souplesse ?

La situation de famille peut, tout d'abord, dans certaines hypothèses, être retenue comme critère licite de différenciation. En effet :

– La loi introduit elle-même des différences de traitement entre les salariés, déterminées en fonction de leur situation de famille. Par exemple, la durée du congé maternité est plus importante pour la salariée qui assume déjà la charge de deux enfants.

– Une autre hypothèse est celle où la loi impose directement à l'employeur lui-même d'ériger la

situation familiale comme élément de différenciation entre les salariés.

Par exemple, en cas de licenciement collectif pour motif économique, l'employeur est tenu de déterminer les critères permettant de fixer l'ordre des licenciements. Ces critères doivent obligatoirement prendre en compte, notamment, « les charges de famille et en particulier celle des parents isolés ».

En outre, la Cour de cassation est venue entériner, tant au regard du principe de non-discrimination que de celui de l'égalité de traitement, la possibilité de faire bénéficier les salariés d'avantages différents en fonction de leur situation familiale (*Cass. soc.*, 26 févr. 2002, n° 00-45.501 à 00-45.509, *Di Caro et autres/Houillères du Bassin de Lorraine*; voir également sur ce point *Cass. soc.*, 26 févr. 2002, n° 00-45.537, *Heissler/Houillères du Bassin de Lorraine*, et *CE*, 29 nov. 1999, n° 197737, *Backsbeider et autres*).

En conséquence, l'instauration d'une contribution patronale modulée en fonction de la situation familiale des intéressés ne doit pas, selon nous, être prohibée.

En matière de retraite, l'âge constitue un paramètre particulièrement pertinent dans la mise en place et la définition des dispositifs de retraite supplémentaire.

Par exemple, si la population concernée est jeune, on pourra privilégier un régime à cotisations définies, alors que la mise en place d'un régime de retraite à prestations définies différentielles peut être plus approprié pour les populations proches de l'âge de la retraite.

Si le Code du travail prohibe toutes les discriminations en fonction de l'âge, l'article L. 122-45-3 du même Code tolère de telles différences de traitement « *lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime [...] et lorsque les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires* ».

Dès lors qu'ils remplissent ces conditions, les régimes de retraite supplémentaire doivent pouvoir, selon nous, autoriser des différences de traitement en fonction de l'âge sans que ceux-ci constituent une discrimination prohibée.

À titre d'exemple, il est fréquent que les régimes réservent leur accès aux salariés âgés de plus de 40 ans, les autres populations préférant, compte tenu de leur situation de famille et de leur âge, bénéficier d'une meilleure rémunération directe destinée à financer autre chose (résidence principale, automobile...).

Malgré la clarté des textes applicables, la doctrine de sécurité sociale (*Circ. du 25 août 2005 précitée*) considère que, « *sauf à remettre en cause ce caractère collectif, l'accès au bénéfice du régime ne peut reposer [sauf exception] sur les critères relatifs [...] à l'âge du salarié* ».

Cette position nous paraît critiquable dans la mesure où nous avons vu que le Code du travail lui-même autorise une certaine adaptation du principe de non-discrimination en fonction de l'âge. On constate qu'en l'espèce, le droit de la sécurité sociale est plus restrictif que le droit du travail. Il est fort à parier qu'une telle analyse engendrera des contentieux, car nombre de régimes de retraite supplé-

mentaire comportent des dispositions relatives à l'âge des bénéficiaires.

3 CONTESTATIONS ET CONTENTIEUX

L'interaction entre le droit du travail et les autres branches du droit applicables aux rémunérations complémentaires est susceptible de susciter des contentieux relatifs au caractère collectif des régimes de protection sociale complémentaire et afférents aux revendications de salariés estimant avoir fait l'objet de discrimination ou d'une différence de traitement illicite.

► Les contentieux relatifs au caractère collectif des régimes de protection sociale complémentaire

L'analyse des contentieux passés autorise une mise en perspective des développements judiciaires à venir.

Le passé. Malgré la résistance des Urssaf, la jurisprudence (*Cass. soc.*, 18 nov. 1999, n° 98-12.269, et *Cass. soc.*, 31 oct. 2000, n° 19-12.952) considérait que l'existence d'un caractère collectif des régimes de retraite et de prévoyance, conditionnant le bénéfice des exonérations de cotisations de sécurité sociale, n'était pas nécessaire antérieurement à la loi Fillon portant réforme des retraites. En matière fiscale en revanche, ce caractère collectif constituait déjà avant cette loi un critère de déductibilité à propos duquel les juridictions administratives avaient été amenées à statuer.

Concernant la déductibilité au titre de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés, la jurisprudence considérait que, pour déterminer une catégorie objectivement définie, il convenait de retenir des critères objectifs, généraux et impersonnels et que chacun de ces critères devait en tout état de cause s'apprécier en fonction de la situation particulière de chaque entreprise (*CE*, 9 nov. 1990, n° 88765; *CA Paris*, 21 mai 1991, n° 542; *CA Paris*, 2 juin 1992, n° 91-PA-00418; *CA Nancy*, 4 avr. 2000, n° 95-NC-00558; *CA Bordeaux*, 8 déc. 2003, n° 00-BX-888).

La tendance générale de ces décisions montre que la justice administrative est assez pragmatique dans l'appréciation de ce caractère collectif.

Récemment encore, le Conseil d'État est venu confirmer cette analyse dans un arrêt du 8 juillet 2005 (*CE*, 8 juill. 2005, n° 259.251) qui valide comme catégorie objectivement définie celle des « cadres de direction » alors même qu'en l'espèce, à la date de souscription du contrat d'assurances, un seul intéressé était susceptible d'être bénéficiaire du régime.

Le futur. Les nouvelles règles relatives au caractère collectif en matière d'exonération de cotisations de sécurité sociale pourraient entraîner le développement d'un contentieux important en matière Urssaf.

Plusieurs raisons peuvent expliquer cette crainte :

- La croyance erronée par les entreprises de la conformité de leurs régimes de retraite et de pré-

voyance : en effet, nombre d'entreprises vont considérer que comme leurs régimes n'ont pas fait l'objet d'un redressement fiscal, ils sont conformes en matière Urssaf.

Or, nous avons souligné que la nouvelle doctrine de sécurité sociale pouvait interpréter différemment la notion de caractère collectif. Cette différence d'appréciation du caractère collectif entraînera des redressements, car les inspecteurs de contrôle Urssaf ne sont aucunement liés (bien au contraire) par les positions de l'administration fiscale.

- Les modalités différentes de redressement des deux administrations : l'expérience a montré que l'administration fiscale redressait peu les régimes de prévoyance lourde et de frais de santé dès lors que la moitié des ménages français n'est pas imposable, que les sommes à réintégrer sont peu importantes et qu'enfin, en général, ces systèmes sont à peu près collectifs.

La donne est toute autre en matière Urssaf dans la mesure où cet organisme redresse les cotisations patronales et salariales auprès de l'entreprise seule, sans avoir à redresser les salariés. L'intérêt financier pour cet organisme de contrôle et la facilité à opérer sont des éléments différents et primordiaux à prendre en compte dans la comparaison avec les pratiques fiscales antérieures.

- L'absence de connaissance de ces dispositifs par les Urssaf : aucun caractère collectif n'était demandé antérieurement à la loi Fillon, de sorte que les inspecteurs du recouvrement n'ont jamais appréhendé, en pratique, les mécanismes et subtilités de ces systèmes.

On peut tenter à ce sujet un parallèle avec l'épargne salariale, à propos de laquelle les Unions ont fait preuve d'une certaine sévérité.

- Les risques encourus par les entreprises sont faciles à calculer : l'expérience montre que, sur ce type de sujet, les redressements correspondent à 35 % (majorations de retard incluses) des primes ou cotisations versées aux organismes assureurs.

Compte tenu de la prescription applicable en l'espèce (qui peut aller jusqu'à quatre ans), le montant des redressements pourra équivaloir à une année de cotisations ou de primes versées en cas de contrôle.

En matière fiscale en revanche, les textes n'ayant pas été profondément modifiés, on peut espérer qu'il n'y aura pas d'élévation du nombre de redressements sur ces thèmes.

► Les revendications salariales en matière de rémunérations complémentaires

Jusqu'à ce jour, les juridictions n'ont eu, à notre connaissance, à connaître que très peu de revendications de salariés concernant les rémunérations complémentaires fondées sur les principes de discrimination et d'égalité de traitement. Nonobstant cette situation, les professionnels des rémunérations complémentaires doivent être vigilants, car on observe un développement de ce type de contentieux. Les salariés et leurs conseils constatent en effet que, bien souvent, tel ou tel avantage est attribué à un autre salarié et non à eux alors qu'ils sont placés dans une situation identique. L'analyse des décisions rendues en matière de discrimination et d'égalité de

●●● traitement pour ce qui concerne les rémunérations de base donne un éclairage intéressant pour anticiper des difficultés à venir.

Ainsi, si l'arrêt Hôtel Ritz (*Cass. soc.*, 25 mai 2005, n° 04-40.169) a pu faire frémir, la jurisprudence postérieure semble selon nous s'orienter vers un pragmatisme bienvenu. Une première décision du 1^{er} décembre 2005 affirme très clairement la possibilité de constituer par accord collectif des groupes fermés selon l'ancienneté des salariés, s'agissant de leur mode de rémunération. Cette décision est essentielle, par exemple, en matière de retraite, dans la mesure où nombre d'entreprises procèdent régulièrement à la fermeture de régime de retraite en fonction de l'ancienneté des salariés. Ensuite, des arrêts du 5 juillet 2005 et 18 janvier 2006 (*Cass. soc.*, 5 juill. 2005, n° 03-44.281, et *Cass. soc.*, 18 janv. 2006, n° 03-45.422) ont confirmé la possibilité, déjà entérinée par la Cour de cassation (*Cass. soc.*, 27 oct. 1999, n° 98-40.769) de traiter différemment des salariés en raison de leur appartenance à des établissements différents d'une même entité juridique. Ces décisions sont essentielles en matière de protection sociale complémentaire. En effet, il est courant d'instituer une contribution patronale différenciée en fonction de l'historique propre à chaque établissement.

Enfin, une décision du 22 février 2006, (*Cass. soc.*, 22 févr. 2006, n° 04-43.542) est venue, à juste titre selon nous, souligner qu'une Cour d'appel avait relevé « à bon droit que le principe "à travail égal, salaire égal" n'avait vocation à s'appliquer qu'à l'égard des salariés d'une même entreprise et qu'un employeur était en droit d'instituer par usage, des avantages particuliers au profit de ses salariés, à condition que ces avantages bénéficient à tous les salariés placés dans une situation identique et que les conditions de leur attribution soient préalablement définies et contrôlables ».

Cette décision synthétise de manière assez claire les règles à appliquer tant aux rémunérations de base qu'aux rémunérations complémentaires. Si elle semble clarifier les critères justifiant une inégalité de rémunération (voir sur ce point « La nécessaire clarification des critères justifiant une inégalité de rémunérations » par Stéphanie Stein dans ce numéro), elle ne doit pas être l'arbre qui cache la forêt.

En effet, même lorsque les règles et conditions d'attribution sont clairement et objectivement fixées, il est nécessaire que la réalité de la situation dans l'entreprise leur corresponde en pratique... ■